21.2

EN LA CAVSA DE ALFOCEA.

POR AGVSTIN BATISTA SERON.

ALeguè a Portoles, que allega a otros, para prouar que en esta clausula: *Si filius meus in minori ætate, & sine filys legitimis, et de legitimo matrimonio procreatis decedat*, quamuis post pubertatem etiam sine filijs, decedat, substitutus admititur, quoniam minor filios procreare non potest. Y assi que el sentido destas palabras es *si muriere menor de edad, ò despues sin hyos*. Hase seruido V. S. darme por duda, lo que contra esto dixo *Casanate en el cons. 4. à num.* 134. en la causa de Quinto; y assi me da vn practico, y de tanta autoridad contra otro.

A mi no toca el pesar la autoridad de ambos, solo digo, que Portoles escriuio sobre este punto como por tratado, y Casanate como Abogado de la parte; y el mismo en el *cons. 15. num.* 4. dixo. *In fideicommissis variant sæpe scribentes impulsu pecuniæ*, lo indubitable es; que la autoridad de la Real Audiencia es la superior; y esta aunque admitio la proposicion de D. Garcia Clientulo de Casanate, por punto diuerso, que fue la cession del rei del ius luendi; pero en quanto a los vinculos declaró contrã lo que defendio Casanate, vt in motiuis, ibi: *Non autem recipitur propositio D. Christofori de Funes, aliàs Muñoz; quoniam licet verum sit, & fateamur (prout fatemur) dictum D. Christophorum ex expressa Ramiri de Funes testantis voluntate ad bona in suo testamento contenta; & in præsenti processu apprehensa, esse vocatum, constat tamen serenissimum*

mum Regem, &c. Ecce vbi per Regiam Audientiam ex vinculo Christophorus admissus fuit, qui erat substitutus ob deficientiam institutorum in minori ætate, & sine liberis, licet institutus obierit maior, sed sine liberis, ex quo *Casanate in d. num.* 184. prætendebat defecisse conditionem, nihilominus Regia Audientia fatetur ex expressa Ramiri voluntate substitutum vocatum.

Y aunque Casanate allega algunos Doctores para prouar que estas condiciones se han de entender coniunctim; pero Iasson no haze al caso presente, y de Corneo dixo Ripa, vbi proxime, quod nil, vel parum dicit Socinus, dixit quod relinquebat cogitandum, quia pulchra erat decisio D. Paul. y el mismo en el *consejo 46. num. 2. volum.* 3. se puede traer por lugar puntualissimo a nuestro fauor, Ripa en el lugar allegado refiere las razones que hazen por la vna, y otra opinion; y relinquit cogitandum, y luego vbi proxime dirá su resolucion à nuestro fauor, Alciat. *in l. centurio de vulgari*, si se atiende a su razon (que põdremos abaxo) antes haze a nuestro fauor, Zanch. antes se puede traer por lugar puntualissimo a nuestro fauor, Moden. *in apost. ad cons.* 88. *Alexand. tom. 7. Lit. A.* si se ponderan sus razones son mas eficaces las que hazen a nuestro fauor, y por ellas en el caso de disiuntiua, resuelue como desseamos, siendo verdad, que quando entra la cõdicion, *Sine filijs*, La disiuntiua ponitur pro coniutiua, *l. generrliter, in prin. C. de instru. & substit. Baldus cons.* 243. *vol. 2. in no.* solo restan de los allegados por *Casanat.* Cuman, y Aquilino, que no he podido ver.

Los que siguieron la opinion, del concurso destas dos condiciones, *Ita vt non suficiat alteram ad impleri*, Se fundan en la naturaleza de la copulatiua, parti-

cular;

cularmente, vbi standum est cartæ, pero esto no obsta porque el resoluer la conjuntiua, en alternatiua, no es apartarse totalmente de la carta; pues vemos que en drecho promisquamente se toma lo vno por lo otro, quando ay ocasion para ello, *l. sæpe, l. coniunctionem, ff. de verbor. significat. l. cum quidam, C. eod. tit. l. si quis in hoc genus, C. de Episcopis, & Clericis.* Y quando de vna parte concurre el rigor de las palabras, y de otra el auerlas de impropriar, por corresponder a la voluntad del disponiente, en tal caso la voluntad preualece, y las palabras se han de impropriar para reducirse a ella, vt pulchre declarat *Baldus in l. iuris gentium, §. pactorum num. 3. ff. de pactis, Alexandro cons. 139. num. 5. vol. 6.* Y esto tambien procede en Aragon; porque lo que se prohibe es apartarnos de la carta; pero entenderla mas propria, ó menos propriamente por justas razones, y fundamentos no lo prohibe, antes lo abraza, y consiente; pues la voluntad ajustada con las palabras en qualquiere sentido haze mas en la carta, que las palabras a solas, tomadas en su preciso rigor; y esso es guardar la carta, guardar lo substancial della, que es la voluntad, propria ò impropriamente declarada; *l. non aliter, §. 1. ff. de legat. 3. l. talem, §. finali, ff. de heredib. instit. l. si quis filium, vbi Bald. Salic. & Alex. C. de lib. prat. Paul. Castr. in l. vbi pure, §. te rogo n. 2. ff. ad Trebel.* tradit in spetie *Menochius cons. 325. nu. 4. vers. & quid magis vol. 4. Mandel. cons. 771. num. 30. 32. & 57. volum. 4. vbi post Baldum in l. omnes populi, ff. de iustit. & iur.* notat: *Quod in huiusmodi statutis debemus sequi sensum, & intellectum literalem, id est planum intellectum ad vnguem si in eo potest saluari ratio motiua statuti seu decreti, sed si ea ratio saluari non potest tunc permissum est verba ipsa offendere, Hieronymus Portoles in §. Forus num. 63. & 64. Casadate*

cons.

conſ.15.num.57. Seſſe deciſ.142.à num.20. & *deciſ.64. num.32.* Segun lo qual, pues impropriandoſe la coniunctiua, ò alternatiua ſe combierte facilmente la vna en la otra, llana coſa es que ſe ha de hazer eſto quando aliter voluntas teſtatoris non poteſt veroſimiliter, aut cum efectu in omnibus ſignificari, *l. ſi his qui ducenta, §. vtrum, verſ. item ſi pater,* & *ibi Bart. ff. de reb. dubijs, l. lucius, ff. de hæredib. inſtit. l. generaliter, C. de inſtit. Aymon Craueta conſ.685. num.11.* & *12. volum.4. Tiber. Decian. conſ.34. num.23. vol.2, Felin. in cap.2. num. 23. de reſcript.* vbi pro regula conſtituit: *Quod vbi plura copulantur quo ad vnum effectum in quo non ſunt omnia neceſſaria tunc ex veroſimili mente,* & *interpretatione iuris copula reſoluitur in disjunctiuam per text. in cap. iam dudum de præbend.* & *in cap. ſignificabit de appellat. Caſſ. deciſ.81. num.18.* & *deciſ.141. num. 10. Alciat. conſ.50. num.2.* Vbi ait: *Quod natura copulæ eſt in certa,* & *quãdoque requirit cõcurſum vtriuſque copulati, quandoque non, verum illa eſt certiſsima interpretatio quæ ex mente partium accipitur, vt requirat, vel non requirat concurſum, prout conſtiterit à diſponentibus actum eſſe, Mantica de coniect. lib.3. tit.5. num. 5.* & *6. Burſatus conſ.81. num.20.* & *22. volùm.1. Caſanate conſ.4. num.169.* & *conſ.5. num.5.* & quod dictio, et ſumitur augmentatiue, *Pariſ. conſ.75. num.62. lib. 2. Simon de Pratis lib.3. interpratat.3 dubio 3. ſol. vlt. num.11. Cras. in §. fideicommiſſum quæſt.33. num.6.* & de varia natura dictionis, & *Barboſa, de dictionibus vſu freq. dic.110.* y las excepciones en ſu caſo ſon tan ciertas como la miſma regla. Siendo pues incierta la naturaleza de la coniunctiua, y que recibe diuerſas aplicaciones al vno, y otro ſentido, conforme las circunſtancias que el caſo tuuiere: No ay razon que nos obligue a entender copulatiuãmente las dichas

nˢ. impressione 1561. in modernioribus 1575. cons.43 in vbiqz. verba mãdati [illegible] responsor

chas condiciones, *si muriere menor de edad; y sin hijos legitimos, y de legitimo matrimonio procreados*; pues el que muere menor de edad no puede tener hijos; y assi sino se huuiessen de entender disjunctiuamente, id est, si muriesse menor de edad, ò mayor, sin hijos, fuera superflua, y ridicula la condicion, *y sin hijos legitimos*. Y aunque quieren euadir esto con dezir que pueden procrear hijos los menores de edad; y para esto se valen de tres, ò quatro exemplos raros que refieren auer sucedido en el mundo; pero ad ea quę raro accidunt leges non adaptantur, *l. nam ad ea, ff. de legib.* A mas dę que dictis id dicentium, in hoc estandum non esse per plura, asserit, *Galiau. in l. centurio de vulg.* y essos no fueron hijos legitimos, y si bien se esfuercan a prouar, que los menores pueden tener hijos legitimos, ex *cap. de illis el segundo, & cap. vltimo de sponsatione in pub. quando sunt habiles ad conttahendũ*; pero esto no obsta por lo que dixo *Couarrubias in 4. p. 2. cap. 5. n. 5. Quod hac habilitas ad contrahendum arbitrio iudicis relinquitur*; y prosigue. *Hoc tamen arbitrium iudicis ante illam ætatem communi opinione definitam, non est passim exhibendum sed cautissime id agere: & tandem raro* y por esso dixo Alciato in dicta l. centurio *Id enim nil ad nos pertinet. lex nostra generaliter aliud præsumit; & ad ea minime adaptatur quæ raro contingunt. verisimile certe est nullatenus crediturum testatorem ex pupilo conceptum eum infantem esse, cum maximus poetarum Homerus natura incertos patres esse ostendat.* Vltra de que, de esta solucion de los contrarios, de que pueden los impuberes tener hijos, dixo *Ripa in l. centurio, ff. de vulgari num. 92. Hæc solutio non est generalis ergo reicienda, l. regula, §. cum quod, ff. de iur. & facti ignorant. non enim procedit in infante, vel proximo infantie in n. 94.* addit aliam rationē *quod pupilaris spirat*

illico ex quo pupillo nascitu filius, vt docet *Bartol. in l. moribus*, *l. in pupillari de vulgari*, quem sequitur *Zanch. in* §. *cum ita, num.* 176. cui iungendum est lo q̃ refiere *Ripa in l. 2. de vulgari n.* 38. vbi dicit, quod pupillaris dicitur illa si decesserit ante quā nupserit, & exponitur id est nubilis, *l. habebat de vulg.* est etiā pupillaris, si dictum sit, si decesserit ante legitimam ætatem testandi, secundum *Bald. cons.* 113. *proponitur in* 5. *p.* Es la razon; porque siendo habil para contraher, y tener hijos iam non est pubes, ex quo nec minor dici potest; pues entonces no se numera la edad por los años, sino por la habilidad, como á otro proposito lo dixo el *Eclesiastico in lib. sapientiæ.* CANI AVTEM SVNT SENSVS HOMINIS, ET ÆTAS SENECTVTIS VITA IMMACVLATA CONSVMMATVS IN BREBI EXPLEBIT TEMPORA MVLTA.

Decidē el caso a fauor nuestro en proprios terminos el mismo *Ripa, in d. l. centurio. nu.* 94. y satisface a los fundamentos cōtrarios *Paul. Castrens. cons.* 43. *aliàs* 113. q̃ comienza *Substitutio prædicta*, y a cerca deste pūto no habla como consulente, como el mismo dize. *Alexand. Trentaquin. de substitutionibus p.* 4. *cap.* 9. *nu.* 23. *Lancel. Polito in l. centurio de vulgari. Hieronymus Zanchi. in* §. *cum ita* 8. *p. nu.* 171. (quo loci allegatur à Casanate) qui addit pro hac nostra opinione capram. *Carpac. in cons.* 66. *cum viso col.* 2. *Deciū in l. generaliter in princ. Galiau in l. centurio nu.* 69. *prima impres. Alex. in* §. *quidā rectè col.* 14. respondētē obiectis per *Socin. in* §. *item si pater*, & *eūdē Alex. in cons.* 129.

Con esto parece queda apoyado el sentir de *Portol.* §. *alternatiua in fin.* sin embargo de lo que dixo *Casanate en el dicho cons.* 4. Saluo &c. a 29. de Iulio 1645.

D. Miguel Geronimo Martel, Chantre de la Santa Iglesia de Zaragoça.